

Raad van State, nr. 212.929, 5 mei 2011

Voorzitter : de h. Verbiest

Staatsraden : de h. Lust (verslaggever) en Barra

Auditoraat : mevr. Verheven, auditeur

Inzake : NV GRONDMAATSCHAPPIJ VAN BELGIË en NV WESTERDAL /
KERKFABRIEK SINT-CLEMENS te De Haan

1. Kerkfabrieken – Verkoo onroerende goederen – Openbare verkoop niet verplicht
2. Verkoop zonder openbare bevraging in bepaalde omstandigheden mogelijk
1. **Geen wets- of verordenigingsbepaling legt aan de kerkfabrieken de verplichting op hun onroerende goederen via een openbaar verkoop te verkopen**
2. **De kerkfabriek is in voorliggend geval de grenzen van de redelijkheid niet te buiten gegaan door, bij de uitoefening van haar discretionaire bevoegdheid inzake de wijze waarop zij haar onroerende goederen vervreemdt, in de concrete omstandigheden van de zaak, voor een onderhandse verkoop te hebben gekozen.**

Te publiceren : randnummers 12 tem 15

Noot: Toepassing van het gelijkheidsbeginsel op de verkoop van een onroerend goed door lokale overheden. Is een transparante bevraging nog vereist?

1. Inleiding en problematiek

1. In het bovenstaande arrest spreekt de Raad van State zich uit over een vordering tot nietigverklaring van de (afsplitsbare) beslissing tot onderhandse verkoop van een onroerend goed door een kerkfabriek aan een particulier.¹ Voor de Raad van State wordt aangevoerd dat een administratieve overheid, gelet op het grondwettelijk gelijkheidsbeginsel, haar patrimonium in beginsel openbaar moet verkopen², tenzij er bijzondere motieven worden aangereikt die een onderhandse verkoop rechtvaardigen.

Op de verkoop van een onroerend goed door een lokale overheid zijn inderdaad de algemene beginselen van behoorlijk bestuur van toepassing, waaronder ook het beginsel van gelijkheid der kandidaten.³ In essentie houdt dit beginsel in dat alle potentieel gegadigden een gelijke kans dienen te krijgen op het verwerven van het contract. Maar welke vorm dient de verkoop van een onroerend goed door de overheid aan te nemen opdat die “gelijke kans” afdoende zou zijn gerespecteerd? Het geannoteerde arrest biedt een bijkomende stap in de richting van de helderheid.⁴

2. Achtergrond

2. De wet- of decreetgever hebben tot op heden nagelaten om op algemene wijze procedureregels uit te vaardigen die, om de gelijkheid te respecteren, moeten worden nageleefd bij de verkoop van een onroerend goed door lokale overheden⁵. Een omzendbrief van 1989 uitgaande van de Vlaamse Regering bepaalt weliswaar dat een onroerend goed in regel openbaar verkocht moet worden.⁶ De rechtspraak van de Raad van State volgde lange tijd echter die zienswijze niet en oordeelde dat, in afwezigheid van enige wettelijke beschikking met betrekking tot de verkoop van een onroerend goed, de lokale overheden *niet* verplicht zijn om een goed openbaar te verkopen.⁷

¹ R.v.St., NV Grondmaatschappij van België en NV Westerdal t. Kerkfabriek Sint-Clemens te De Haan, nr. 212.929, 5 mei 2011.

² Voor een duiding van het begrip ‘openbare verkoop’ wordt verwezen naar E. DIRIX, B., TILLEMANS, P. VAN ORSHOVEN (ed.), *De Valks Juridisch Woordenboek*, Antwerpen, Intersentia, 2010, 295.

³ D. D’HOOGHE, *Overeenkomsten met de overheid* in M. STORME (ed.), *De overeenkomst vandaag en morgen*, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen, 1990, 142.

⁴ Voor de duidelijkheid wordt benadrukt dat er hier niet wordt ingegaan op de problematiek van staatsteun bij de verkoop van een onroerend goed door de overheid en de verplichtingen die hieruit naar procedure voortvloeien. Zie hierover o.m. L. DE JONG-GORIS, “De Mededeling staatsteun bij verkoop van grond en gebouwen: simpel naar effectief?”, *Tijdschrift voor Staatsteun* 2011, afl. 1, 5-12; T. BRUYNINCKX, “De verkoop van onroerende goederen door gemeenten in het licht van de regels inzake staatsteun: gemeenten als ‘particuliere verkopers in een markteconomie’”, *T.Gem.* 2009, afl. 2, 73-85.

⁵ Weliswaar werden verschillende procedureregels uitgevaardigd die bij de verkoop moeten worden nageleefd, maar die hebben veeleer betrekking op de organen bevoegd om te beslissen en niet over te volgen procedure met het oog op het respecteren van het gelijkheidsbeginsel (zie voor een overzicht van die procedureregels o.m. A. VRANCKX, H. COREMANS en J. DUJARDIN, *Beheer over de onroerende goederen van openbare rechtspersonen*, Brugge, Die Keure, 2005, 145 p.; J. DE STAERKE, *Domeingoederenrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2006, 278 p.).

⁶ Omzendbrief BA-G-89/15 van 6 september 1989 over de vervreemding van onroerende goederen door de gemeenten, *B.S.* 14 oktober 1989.

⁷ R.v.St., nr. 15.560, 9 november 1972; R.v.St., nr. 16.461, 6 juni 1974; R.v.St., Nothelier, nr. 27.614, 4 maart 1987; R.v.St., nr. 36.637, 13 maart 1991.

Met het arrest De Backer leek de Raad van State echter op die traditionele visie terug te komen...

3. Arrest De Backer: dan toch een verplichting tot openbare verkoop?

3. In het schorsingsarrest De Backer van 1997⁸ oordeelde een Nederlandstalige Kamer van de Raad van State dan toch dat een gemeente in beginsel verplicht is om haar onroerende goederen via openbare verkoop te vervreemden: *“Overwegende dat het grondwettelijk gelijkheidsbeginsel, betrokken op de verkoop van onroerende goederen door een gemeente, het bestuur er principieel toe verplicht de weg van de openbare verkoop te volgen; dat immers dergelijke verkoop de garantie inhoudt dat potentiële kopers hun belangen kunnen doen gelden en dat de gemeente alle gegadigden op dezelfde wijze behandelt”*. De onderhandse verkoop van een onroerend goed werd aldus slechts mogelijk geacht indien redenen *“die in feite juist en in rechte aannemelijk zijn”* kunnen worden aangevoerd die een afwijking van de openbare verkoop kunnen rechtvaardigen.

Met dit arrest leek de Raad van State dus effectief zijn eerdere rechtspraak te verstrengen, door in beginsel toch een openbare verkoop te vereisen (en andere transparante verkoopprocedures uit te sluiten). Zeker omdat dit arrest een uitspraak in kort geding betrof, kon echter de vraag worden gesteld of het slechts een geïsoleerde visie betrof, dan wel dat de verstrenging bevestiging zou krijgen in de latere rechtspraak.

4. Arrest-DB Invest: dan toch geen openbare verkoop als beginsel, maar wel een transparante bevraging?

4. Het schorsingsarrest-DB Invest van 18 januari 2000 leek weer aan te sluiten bij de eerdere rechtspraak, door te aanvaarden dat het bij de verkoop van een onroerend goed door een administratieve overheid volstaat dat de overheid nagaat wat de voorstellen van de verschillende kandidaten zijn, opdat het gelijkheidsbeginsel wordt gerespecteerd.⁹

Ook latere rechtspraak van de (Franstalige kamers van de) Raad van State¹⁰ en de rechtsleer¹¹ gaat ervan uit dat een openbare verkoop niet verplicht is en dat het volstaat (maar ook wel vereist is) dat een transparante bevraging wordt georganiseerd. Het arrest De Backer en de daaruit volgende zogenaamde verplichte openbare verkoop leidden derhalve een geïsoleerd bestaan.

⁸ R.v.St., bvba De Backer, nr. 66.428, 28 mei 1997.

⁹ R.v.St., DB Invest, nr. 84.721, 18 januari 2000: *“in de hypothese dat op de bestreden behandeling, te weten: verkoop met het opleggen van bepaalde voorwaarden in het openbaar belang, de algemene beginselen van behoorlijk bestuur van toepassing zijn, inzonderheid het beginsel van de gelijkheid der kandidaten, zulks niet inhoudt dat vooraf een bestek en gunningscriteria moesten worden opgesteld; dat het volstond dat de NMBS, wetende dat er een andere kandidaat was, met name verzoekster, naging of deze geen voordeliger voorstellen had gedaan of verwacht kon worden alsnog te doen”*.

¹⁰ R.v.St., nr. 100.966, Ponsard, 21 november 2001; R.v.St., nr. 178.294, Lel Bahoudi, 7 januari 2008.

¹¹ Zie o.m. D. D'HOOGHE en F., VANDENDRIESSCHE, *Publiek-Private Samenwerking*, Brugge, Die Keure, 2003, 123 en F. MOÏSES, J.-F. JAMINET, A. VANDENBURIE, *Promotion immobilière publique. Partenariats public-privé en Région wallonne et en Communauté française*, Bruxelles, Larcier, 2009, 133.

5. Maar toch werd het arrest De Backer nooit door de Nederlandstalige Kamers van de Raad van State uitdrukkelijk weerlegd.

In een omzendbrief van 2010¹² herbevestigde de Vlaamse toezichhoudende overheid bovendien het beginsel dat lokale overheden hun goederen via een openbare verkoop moeten vervreemden. Deze omzendbrief vertrekt immers nog steeds van “*het algemene beginsel dat bij elke onroerende vervreemding de openbare verkoop de algemene regel moet zijn en de onderhandse verkoop een uitzondering moet blijven. De hele bevolking moet immers de gelegenheid krijgen om een bod te doen. Daarnaast is de openbare verkoop ook de beste garantie voor het verkrijgen van een goede prijs en is dat de werkwijze die het best het algemeen belang dient, temeer omdat de individuele begunstiging bij een dergelijke procedure weinig kansen krijgt. Alleen als het bestuur voldoende kan aantonen, door middel van een bijzondere motivering, dat de onderhandse procedure gerechtvaardigd is om redenen van algemeen belang, zal de onderhandse verkoop aanvaard worden*”.

De onduidelijkheid bleef derhalve ten volle bestaan.

5. *Arrest de kerkfabriek Sint-Clemens: de verplichte openbare verkoop definitief begraven - is een transparante bevraging nog vereist?*

6. In het geannoteerde arrest diende de Raad van State uitspraak te doen over een geschil met betrekking tot de verkoop van een onroerend goed door een kerkfabriek. Deze had besloten om bij de verkoop van het goed geen openbare verkoop te volgen en ook niet op enige andere wijze een openbare bevraging te organiseren. Daarentegen werden enkel de personen die “in de loop der jaren” interesse hadden betoond voor de gronden, uitgenodigd om een bod te doen. Verzoekende partij had zich pas na die eerste uitnodiging aangeboden, maar had toch de mogelijkheid gekregen om een bod te doen.

Nadat een eerste biedronde werd afgerond, werd door de kerkfabriek aan degenen die een voorstel hadden ingediend een tweede bod gevraagd. Na ontvangst van dit tweede bod, werd door de kerkfabriek onmiddellijk het hoogste bod aanvaard, zonder nogmaals een recht van hoger bod toe te staan. Verzoekende partij (die wel in de eerste, maar niet in de tweede ronde het hoogste bod had uitgebracht) was het niet eens met deze handelswijze en voerde de schending van het gelijkheidsbeginsel aan.¹³ Steunend op het arrest De Backer voerde zij hiertoe aan dat lokale besturen in de regel hun goederen openbaar moeten verkopen, zodat aan de andere kandidaat-kopers na kennisname van het hoger bod nog de mogelijkheid zou moeten zijn toegekend om hun bod te verhogen.

In het geannoteerde arrest heeft de (Nederlandstalige kamer van de) Raad van State deze argumentatie (en ook de principiële verplichting tot het organiseren van een

¹² Omzendbrief BB 2010/02 van 12 februari 2010. Vervreemding van onroerende goederen door de provincies, gemeenten, O.C.M.W's en besturen van erkende erediensten. Procedure, B.S. 17 maart 2010.

¹³ Volgens verzoekende partij is de openbare verkoop de enige waarborg opdat alle gegadigden een gelijke kans krijgen om het goed te verwerven en dat de best mogelijke prijs verkregen wordt.

openbare verkoop) verworpen. In lijn met de oudere rechtspraak en de rechtspraak van de Franstalige kamers, werd geoordeeld dat *“geen wets- of verordeningsbepaling aan de kerkfabriek de verplichting oplegt haar onroerend goed openbaar te verkopen”*. Het arrest De Backer werd zelfs uitdrukkelijk verworpen: *“In zoverre verzoeksters besluiten tot de principiële verplichting om de weg van de openbare verkoop te volgen op grond van het arrest nr. 66.428 van 28 mei 1997, is vast te stellen dat dit arrest een uitspraak betreft in het kader van een vordering tot schorsing. De bedoelde principiële verplichting komt ter sprake bij de beoordeling van het tweede, als ernstig beschouwde middel. Verzoeksters zullen evenwel opmerken dat het middel niet meer aan bod komt in het arrest ten gronde, nr. 69.199 van 28 oktober 1997, waarin finaal tot de nietigverklaring wordt besloten op grond van een ander -het vijfde- middel [...] Het middel vertrekt van een onjuiste premisse”*.

Ook de Nederlandse kamer van de Raad van State¹⁴ heeft nu dus in een *arrest ten gronde* expliciet een einde gesteld aan de discussie die met het arrest De Backer was gerezen. De eenheid van de Nederlandstalige en Franstalige rechtspraak van de Raad van State is hersteld, in de zin dat een lokale overheid *niet* verplicht is om haar onroerende goederen via openbare verkoop te vervreemden.

Dit arrest stelt aldus wel de wettigheid aan de orde van de omzendbrief van februari 2010 van de Vlaamse minister van Bestuurszaken *“betreffende de te volgen procedure in het geval van vervreemding van onroerende goederen door de provincies, gemeentes, O.C.M.W.'s en besturen van de erkende erediensten”*. Zoals voormeld, vertrekt deze omzendbrief immers nog steeds van *“het algemene beginsel dat bij elke onroerende vervreemding de openbare verkoop de algemene regel moet zijn en de onderhandse verkoop een uitzondering moet blijven”* (zelf onderstreept). Aangezien ook een Nederlandstalige kamer van de Raad van State nu heeft bevestigd dat de openbare verkoop door geen enkele wetsbepaling wordt opgelegd, lijkt de omzendbrief op dit punt als een onregelmatige verordenende omzendbrief te moeten worden aangemerkt.

7. Ten slotte kan nog de vraag worden gesteld of aan het arrest een nog meer verregaande draagwijdte kan worden toegekend, in de zin dat het volgens de Raad van State zelfs niet nodig zou zijn om bij de verkoop van gronden een transparante bevraging te organiseren. In voorliggend geval had de kerkfabriek immers het voornemen tot verkoop niet openbaar aangekondigd en het beroep op de mededinging bleef beperkt tot de bij de kerkfabriek gekende geïnteresseerden.

Uit het feit dat de Raad van State in deze zaak het annulatieberoep verwerpt, kan o.i. echter niet worden besloten dat de Raad ook het beginsel van een transparante bevraging bij een verkoop heeft verlaten. Bepalend om het beroep te verwerpen, lijkt

¹⁴ De Franse kamer van de Raad van State zei dit reeds eerder expliciet in een arrest ten gronde: R.v.St, nr. 100.966, 21 november 2001. De Franse taalregio lijkt in het algemeen iets soepeler om te gaan met de wijze van verkoop van een onroerend goed door een overheid. Een omzendbrief uitgaande van de Waalse Regering bevestigt deze vrijheid (Circulaire du 20 juillet 2005 relative aux ventes d'immeubles au acquisitions d'immeubles par les communes, les provinces et les CPAS ainsi qu'à l'octroi de droit d'emphytéose ou de droit de superficie, B.S. 3 août 2005). Dit staat in schril contrast met een omzendbrief van de Vlaamse Regering van 2010 die nog steeds de openbare verkoop verplicht).

ons immers de overweging te zijn geweest dat “weliswaar verwerende partij, door op die manier de grond onderhands te verkopen, het beroep op de mededinging beperkt tot de bij haar bekende geïnteresseerden, [maar] dit heeft als zodanig de verzoeksters geen nadeel toegebracht aangezien zij tot die bekende geïnteresseerden behoorde”.

Het is dan ook voorbarig om te concluderen dat de Raad zou hebben geoordeeld dat een algemene bevragingsplicht bij verkoop niet nodig is en het bestuur zich kan beperken tot het aanschrijven van de bij haar gekende geïnteresseerden.

Zulke handelswijze zou bovendien op gespannen voet staan met een aantal Europeesrechtelijke beginselen die bij de verkoop van een grond aan de orde kunnen zijn (voor zover de transactie relevant is voor de interne markt¹⁵). Het aanschrijven van *de bekende geïnteresseerden*, zoals in voorliggend arrest, kan immers in strijd komen met de invulling die op Europees niveau aan het gelijkheid- en transparantiebeginsel wordt gegeven. In een Interpretatieve mededeling van de Europese Commissie heeft deze alvast aangegeven dat volgens haar het Europese transparantiebeginsel een effectieve bekendmaking vereist: “Volgens de Commissie is het niet voldoende contact op te nemen met een aantal potentiële inschrijvers, ook al beperkt de aanbestedende dienst zich niet tot ondernemingen uit eigen land of probeert zij alle potentiële leveranciers te bereiken. Met een dergelijke selectieve aanpak kan discriminatie van potentiële inschrijvers uit andere lidstaten, en met name van nieuwe marktpartijen, niet worden uitgesloten. Hetzelfde geldt voor alle vormen van „passieve” publiciteit, waarbij een aanbestedende dienst van actieve bekendmaking afziet, maar reageert op verzoeken om informatie van aanvragers die op eigen gelegenheid te weten zijn gekomen dat een opdracht wordt geplaatst. Ook wanneer voor informatie alleen wordt verwezen naar persverslagen, parlementaire of politieke debatten of congressen en dergelijke, is dit geen passende bekendmaking”¹⁶. Voor zover ons bekend heeft het Hof van Justitie die invulling van het transparantiebeginsel wel nog niet bevestigd (of verworpen).

In afwachting hiervan valt in de praktijk een voorzichtige benadering aan te bevelen. Die kan dan inhouden dat aan de verkoop van een onroerend goed in beginsel een

¹⁵ Zie over de vraag wanneer een transactie relevant is voor de interne markt o.m. de interpretatieve mededeling van de Commissie over de Gemeenschapswetgeving die van toepassing is op het plaatsen van opdrachten die niet of slechts gedeeltelijk onder de richtlijnen inzake overheidsopdrachten vallen (2006/C 179/02), punt 1.3. : “De aan het EG-Verdrag ontleende normen gelden alleen voor opdrachten die voldoende verband houden met de werking van de interne markt. Het Hof heeft in dit opzicht bepaald dat er in specifieke gevallen van mag worden uitgegaan dat “wegens bijzondere omstandigheden zoals de zeer geringe economische betekenis van de betrokken concessie” ondernemingen uit andere lidstaten niet geïnteresseerd zullen zijn. In een dergelijk geval moet “de impact op de betrokken fundamentele vrijheden [...] als te toevallig en te indirect [...] worden beschouwd” om de toepassing van aan het primaire Gemeenschapsrecht ontleende normen te rechtvaardigen. Het is de verantwoordelijkheid van de aanbestedende dienst om te beslissen of ondernemingen uit andere lidstaten mogelijk geïnteresseerd kunnen zijn in een beoogde opdracht. Volgens de Commissie moet deze beslissing zijn gebaseerd op een evaluatie van de individuele omstandigheden van het geval in kwestie, zoals het onderwerp en de geschatte waarde van de opdracht, de kenmerken van de sector in kwestie (omvang en structuur van de markt, handelspraktijken enz.) en ook de geografische ligging van de plaats van uitvoering. Als de aanbestedende dienst concludeert dat de opdracht relevant is voor de interne markt, moet deze worden gegund volgens de aan het Gemeenschapsrecht ontleende basisnormen.”

¹⁶ Punt 2.1.1. van de interpretatieve mededeling van de Commissie over de Gemeenschapswetgeving die van toepassing is op het plaatsen van opdrachten die niet of slechts gedeeltelijk onder de richtlijnen inzake overheidsopdrachten vallen (2006/C 179/02). Deze mededeling heeft weliswaar formeel enkel betrekking op bepaalde types van overheidsopdrachten (met name de zogenaamde bijlage-2B dienstenopdrachten en overheidsopdrachten die de Europese drempelbedragen niet overschrijden) en niet op verkopen of overdrachten van gronden vanwege de overheid. De Commissie behandelt in de mededeling echter op abstracte wijze de gevolgen het transparantiebeginsel voor zulke contracten vanwege de overheid en er valt o.i. niet in te zien hoe of waarom de Commissie tav vastgoedtransacties (voor zover die een intracommunautaire dimensie vertonen) een andere invulling van het zelfde transparantiebeginsel zou kunnen verantwoorden.

transparante bevraging moet voorafgaan en hiervan slechts kan worden afgeweken in specifieke en behoorlijk gemotiveerde gevallen. Zo besliste de Raad van State in een geval waar beroep was ingesteld tegen de onderhandse verkoop van een perceel gemeentegrond aan de aanpalende eigenaar, dat de gemeente in redelijkheid kon oordelen dat het aangewezen was dit perceel grond aan de aanpalende eigenaar te verkopen. De theoretische mogelijkheid van het verkrijgen van een hogere prijs in geval van een algemene bevraging woog niet op tegen het voordeel van perceelsamenvoeging, die in het algemeen belang werd gerealiseerd.¹⁷ In een andere zaak aanvaardde de Raad de voorkeur van een bestuur voor de ruil van een stuk grond boven de verkoop tegen eventueel gunstigere financiële voorwaarden, gezien de gemeente zo het geschikte en onmiddellijk beschikbare bedrijfspand kon verwerven waarnaar ze op zoek was.¹⁸

Jean Dujardin

Frederik Vandendriessche
Prof. UGent & UA
Advocaat

Jelena Adriaenssens
Studente UA

¹⁷ R.v.St. Tilmans, nr. 31.547, 6 december 1988.

¹⁸ R.v.St., nv Immobilière du quartier des arts, nr. 82.826, 12 oktober 1999.